

**FUERZA VINCULANTE DE LA CIRCULAR CONJUNTA N° 100-005-2015 EN EL
PROCESO DE ELECCION DEL CONTRALOR POR PARTE DEL CONCEJO
MUNICIPAL DE PEREIRA PARA EL PERIODO 2016**

JOSE ALBEIRO QUINTERO NEIRA

Artículo

Asesor

MG. INGRID REGINA PETRO GONZÁLEZ

UNIVERSIDAD LIBRE PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCION DE POSGRADOS

**ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO COHORTE 41
PEREIRA**

2017

**FUERZA VINCULANTE DE LA CIRCULAR CONJUNTA N° 100-005-2015 EN EL
PROCESO DE ELECCION DEL CONTRALOR POR PARTE DEL CONCEJO
MUNICIPAL DE PEREIRA PARA EL PERIODO 2016**

JOSE ALBEIRO QUINTERO NEIRA

**Trabajo de grado, en la modalidad de Artículo Jurídico para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCION DE POSGRADOS

**ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO COHORTE 41
PEREIRA**

2017

FUERZA VINCULANTE DE LA CIRCULAR CONJUNTA N° 100-005-2015 EN EL PROCESO DE ELECCION DEL CONTRALOR POR PARTE DEL CONCEJO MUNICIPAL DE PEREIRA PARA EL PERIODO 2016

JOSE ALBEIRO QUINTERO NEIRA¹

RESUMEN

En este artículo de investigación se realiza un análisis legal y jurisprudencial desde la perspectiva del Honorable Consejo de Estado sobre la naturaleza y fuerza vinculante de las circulares administrativas o de servicio, con el fin de establecer si lo dispuesto en la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y el DAFP, dirigida a las Corporaciones Públicas Departamentales, Distritales y Municipales, en la que se determinó el deber de dar aplicación para la elección de Contralores territoriales, del mismo modo que se eligen a los Personeros Municipales, esto es, de acuerdo a lo estipulado en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), salvo en lo relacionado con el orden de elegibilidad, debía ser aplicada por el Concejo Municipal de Pereira en el proceso de elección del Contralor Municipal para el periodo 2016-2019, en virtud a la inexistencia de la regulación legal especial para la elección de los mismos, a la luz de los principios de la función administrativa relacionados en el artículo 209 de nuestra Carta Magna, así mismo el principio de meritocracia, de legalidad, publicidad, igualdad, transparencia, objetividad y la preservación del orden jurídico.

Palabras Clave: Principio de legalidad, circulares administrativas, acto administrativo, elección contralor municipal, función pública.

¹ Abogado de la Universidad Libre Seccional Pereira-Líder Movimiento Social y Político Ola Naranja, abogado litigante.

This article investigates a legal and jurisprudential analysis from the perspective of the Honorable Council of State on the nature and binding force of administrative or service circulars, in order to establish whether the provisions of Joint Circular No. 100- 005-2015 issued by the Ministry of the Interior, ESAP and the DAFP, addressed to the Departmental, District and Municipal Public Corporations, in which it was determined the duty to apply for the election of territorial Controllers, in the same way that they are elected To Municipal Employees, that is, according to what is stipulated in the current regulations (Law 1551 of 2012 and Decree 1083 of 2015), except in relation to the order of eligibility, had to be applied by the Municipal Council of Pereira in the Municipal Comptroller for the period 2016-2019, due to the lack of special legal regulation for the election of The light of the principles of the administrative function related to article 209 of our Charter, as well as the principle of meritocracy, legality, publicity, equality, transparency, objectivity and preservation of the legal order.

Key Words: Principle of legality, administrative circulars, administrative act, municipal comptroller election, public function.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los principios orientadores del derecho administrativo se encuentra el principio de legalidad, en virtud de éste el Estado y, por consiguiente, el Gobierno también está obligado a acatar las leyes, así bien expone (GUERRERO, 2001).

El acto administrativo le permite al Estado razonar y valorar, desde los distintos puntos de vista pertinentes (de conveniencia, legalidad, necesidad, etc.), sus decisiones y actividades prácticas y concretas, y a los administrados ejercer el control, incluso de manera anticipada, de tales actividades, en la medida que puede impugnar la decisión antes que se ejecute.



De este mismo modo los particulares y por lo tanto todos los actores de la sociedad deben respetar el ordenamiento jurídico.

Tanto en el Decreto 01 de 1984 como en la Ley 1437 de 2011, se establece la procedencia del medio de control de nulidad para buscar, a través de una decisión judicial, la nulidad de las circulares de servicio, sin embargo, no ha sido pasiva la posición adoptada por el Consejo de Estado (CE) Colombiano en torno a la delimitación de los supuestos de hecho y de derecho que hacen procedente el ejercicio del control judicial y sobre las circulares de servicio o administrativas y su fuerza vinculante.

Es así como en vigencia del Decreto 01 de 1984, nuestro máximo Tribunal Administrativo, el honorable CE, desarrolló una línea jurisprudencial bastante conservadora respecto de la procedencia restringida del control sobre circulares administrativas, donde se tuvo la siguiente postura:

La procedencia del medio de control de nulidad frente a las circulares no puede admitirse como una regla general, sino que debe entenderse sujeta a la condición que la circular demandada revista el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. No. 52361. C.P.: Manuel Urueta Ayola)

Por consiguiente, nuestro Máximo Tribunal Administrativo sostenía que si la circular administrativa o de servicio, no generaba consecuencias jurídicas para los administrados, entonces la misma no tenía fuerza vinculante y por lo tanto no se podía demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que si dichas circulares no debían ser acatadas por los ciudadanos, tampoco les generaban afectación a sus derechos fundamentales.



No obstante, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011. CPACA), y las nuevas corrientes globalizadoras del derecho y de la Administración, el Honorable CE, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, radicado 05001 23 33 000 20122012 00533 01 a través del Consejero Ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala, cambió su postura tradicional al establecer la necesidad de renovar su línea jurisprudencial, para pasar de una posición interpretativa exegética de las normas que regulaban el control judicial sobre las circulares de servicio o aquellos actos de la administración que no generaban consecuencias jurídicas externas, a las nuevas tendencias del derecho administrativo regulador

“es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial”. (2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta a todas luces claro que las circulares de servicios o administrativas, independientemente de su contenido y sus efectos jurídicos, están sometidas a control judicial y por ende, las mismas deben acatarse y los administrados sólo podrían sustraerse de su cumplimiento cuando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo suspenda provisionalmente sus efectos o declare su nulidad.

El Acto Legislativo 02 del año 2015, en su artículo 23, modificó el artículo 272 de la Carta Política de 1991 en su inciso 4°, en lo que respecta a la orden imperativa de sujetar la provisión del cargo de contralor municipal, por parte de las Corporaciones Públicas Territoriales (Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales) a un procedimiento previo de convocatoria pública que debía ser regulado por la Ley

“siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso” (Const., 1991, art. 272 inc. 4)



Sin embargo, teniendo en cuenta que no había sido expedida la Ley que regulara el proceso de convocatoria pública para la provisión del cargo de Contralor Departamental, Distrital y Municipal por parte de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales o Distritales, para el período 2016-2019, el día 24 de noviembre de 2015 se expidió por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP la Circular Conjunta N° 100-005-2015, dirigida a las Corporaciones Públicas Territoriales, en la que se determinó el deber de dar aplicación para la elección de Contralores territoriales, del mismo modo como se eligen a los Personeros Municipales, esto es, de acuerdo a lo estipulado en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), con la excepción de lo relacionado con el orden de elegibilidad de la siguiente manera:

En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las corporaciones que se posesionen el 1° de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015. MI et al. (2015).

Es claro que por ser la Circular Conjunta N° 100-005-2015 un acto administrativo emanado por las entidades estatales competentes para ejercer la suprema vigilancia sobre la provisión de los empleos del estado, en este caso, para orientar la elección de los Contralores Territoriales, la misma debía ser acatada por el Concejo Municipal de Pereira en el proceso de Elección del Contralor para el período 2016-2019, hasta tanto fuera expedida la Ley que regule todo lo relacionado con la convocatoria pública.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Acto Legislativo 02 del año 2015, en su artículo 23, modificó el artículo 272 de la Carta Política de 1991 en su inciso 4°, en lo que respecta a la orden imperativa de sujetar la provisión del cargo de contralor municipal, por parte de las Corporaciones Públicas Territoriales (Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales) a un procedimiento previo de convocatoria pública, pronunciando lo siguiente:

“Modifíquense los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política”. (Acto Legislativo 02, 2015, art. 23)

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso. (Acto Legislativo 02, 2015, art. 23, inciso cuarto)

“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”. (Acto Legislativo 02, 2015, art. 23, inciso octavo)

El día 24 de noviembre de 2015 se expidió por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección general del DAFP la Circular Conjunta N° 100-005-2015, dirigida a las Corporaciones Públicas Territoriales, en la que se determinó el deber de dar aplicación para la elección de Contralores territoriales, de la misma forma como se eligen a los Personeros Municipales, esto es, de acuerdo a lo estipulado en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), con la excepción de lo relacionado con el orden de elegibilidad, de la siguiente manera:

En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las corporaciones que se posesionen el 1° de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015. MI et al. (2015).



Es claro que por ser la Circular Conjunta N° 100-005-2015 un acto administrativo emanado por las entidades estatales competentes para ejercer la suprema vigilancia sobre la provisión de los empleos del estado, en este caso, para orientar la elección de los Contralores Territoriales, la misma debía ser acatada por el Concejo Municipal de Pereira en el proceso de Elección del Contralor para el periodo 2016-2019, hasta tanto fuera expedida la Ley que regulara todo lo relacionado con la convocatoria pública, la misma debe ser acatada y los administrados sólo podrían apartarse a tal cumplimiento cuando la autoridad judicial competente la suspendiera o declarara su nulidad.

En este sentido y con el ánimo de lograr un proceso de convocatoria y selección abierto, público, meritocrático e incluyente, en cuanto al alcance dado en el Acto Legislativo 02 de 2015, debió atenderse por parte del Concejo Municipal de Pereira en la provisión del empleo de Contralor Municipal para la vigencia 2016-2019 la Circular Conjunta N° 100-005-2015, en la que se acoge a los lineamientos del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que determinó el deber de dar aplicación para la elección de Contralores territoriales, de la misma forma como se eligen a los Personeros Municipales, esto es, de acuerdo a lo estipulado en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), circular que es de obligatorio cumplimiento para las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales que se posesionaron el día primero del mes de Enero del año 2016.

Sin embargo, la Resolución N° 014 del 22 de enero de 2016, expedida por el Concejo Municipal de Pereira, no guarda coherencia con los procedimientos establecidos en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), en contravía de lo estipulado en la Circular Conjunta N° 100-005-2015.

Resulta importante entonces establecer si lo dispuesto en la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, debía ser aplicada o no en el proceso de provisión del cargo de Contralor Municipal por parte del Concejo Municipal de Pereira para el periodo 2016 a partir de los últimos



pronunciamientos del máximo Tribunal Administrativo CE, respecto a la fuerza vinculante de las circulares de servicios o administrativas.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En tal virtud, se formula la siguiente pregunta:

¿Se dio aplicación en el proceso de provisión del empleo de contralor municipal de Pereira, durante el periodo 2016, a lo dispuesto en la Circular Conjunta N°100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP?

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

El presente artículo se enmarca en el enfoque cualitativo por cuanto para poderlo resolver se parte del Acto Legislativo N° 002 de 2015 que modificó el proceso de provisión del empleo de contralores territoriales, así mismo se indaga sobre la naturaleza y fuerza vinculante de las circulares administrativas, su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, finalizando con la verificación de la forma como se hizo la elección del Contralor del Municipio de Pereira por parte del Concejo Municipal durante el periodo 2016.

La presente investigación es jurídica, debido a que se limita a estudiar la Constitución Política, las normas jurídicas, los actos administrativos, la jurisprudencia y la doctrina aplicable para la resolución del problema de investigación, con alcance exploratorio.

MARCO TEÓRICO

En el desarrollo conceptual o teórico es importante tener presente la forma como éste se debe adelantar, teniendo en cuenta posturas como:

"se expresan las proposiciones teóricas generales, las teorías específicas, los postulados, los supuestos, categorías y conceptos que han de servir de referencia para ordenar la masa de los hechos concernientes al problema o problemas que son motivo de estudio e investigación" Ander-Egg (1990).

En tal virtud,

"todo marco teórico se elabora a partir de un cuerpo teórico más amplio, o directamente a partir de una teoría". Ander-Egg (1990).

De igual manera para adelantar las teorías pertinentes a este artículo de reflexión me parece importante tener en cuenta algunas funciones que cumple el marco teórico para un proceso investigativo, para ello nos apoyamos en la siguiente cita:

Ayuda a prevenir errores que se han cometido en otros estudios. Orienta sobre cómo habrá de realizarse el estudio (al acudir a los antecedentes, nos podemos dar cuenta de cómo ha sido tratado un problema específico de investigación, qué tipos de estudios se han efectuado, con qué tipo de sujetos, cómo se han recolectado los datos, en qué lugares se han llevado a cabo, qué diseños se han utilizado). Amplía el horizonte del estudio y guía al investigador para que se centre en su problema, evitando desviaciones del planteamiento original. Provee de un marco de referencia para interpretar los resultados del estudio. Hernández Sampieri, Fernandez Collado y Baptista Lucio (2000).

Para la realización del presente artículo de reflexión se efectuó la consulta, revisión y análisis de los escritos que existen sobre el tema de investigación, y se desarrolló un referente histórico de la legislación que regula la elección del contralor municipal, posteriormente se indicaron los referentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales de la investigación que permitirán dar respuesta al problema de investigación, arrojando importantes resultados y conclusiones.

Estado del arte

En todo proceso de investigación es necesario tener en cuenta los escritos que existan al momento de la realización del mismo y que guarden similitud frente al problema de investigación que se pretende resolver.

En primera instancia se trae a colación el escrito denominado “ENSAYOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO” del doctrinante CARLOS BOTASI, 2010, donde se explica en uno de sus escritos que los actos de gobierno y las circulares administrativas son de bases francesas y por tanto, refiere un interesante marco histórico.

También se encuentra el texto “SISTEMAS Y VALORES ADMINISTRATIVOS” del tratadista ROBERTO DROMI, como un antecedente investigativo de la UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

En éste orden de ideas, se resalta otro antecedente importante como la “PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI” del tratadista JORGE FERNANDEZ RUIZ para la universidad NACIONAL DE COLOMBIA explicando que existe dentro del ordenamiento jurídico un elemento base que se desarrolla a través del control de diferentes actos en el núcleo esencial de estudio.

Respecto al principio de legalidad y el control jurisdiccional se encuentra la tesis doctoral denominada “EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD. (LO FORMAL VERSUS LO INTEGRAL)” del doctrinante EDUARDO MAYORA ALVARADO donde se realiza un análisis de los principios de la función administrativa, en especial del principio de legalidad y de los requisitos para que este principio pueda ser controlado de una manera eficaz por los órganos judiciales.

Así mismo, se encuentra el texto denominado EL PODER CONTRALOR de los autores Gustavo Villegas del Solar y Gustavo Adolfo Olivares, publicado en THEMIS: Revista de Derecho N°. 3, 1985, págs. 60-63, donde se señala la importancia de tener un control fiscal autónomo en lo económico y en lo administrativo.



Respecto al equilibrio entre los poderes públicos, se tiene la publicación denominada EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO del autor Felipe Osterling Parodi, publicado en THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N°. 26, 1993, págs.. 29-36; Allí se concluye la necesidad de que exista un justo sistema de pesos y contrapesos para garantizar la estabilidad política y vigencia plena de la democracia representativa.

En el artículo denominado EL CONTROL FISCAL Y SU AJUSTE DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO del autor Marlon Iván Maldonado Narváez, publicado en la Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 44, N° 120 / p. 129-152 Medellín – Colombia. Enero –Junio de 2014 donde señala que el ejercicio del control fiscal es necesario para garantizar que la inversión de los recursos del erario público se realice de acuerdo a los fines del estado.

Marco histórico

El artículo 272 de nuestra Carta Magna, regula el control fiscal de las entidades territoriales, en dicho precepto se señala que esa función corresponde, a la contraloría de cada entidad territorial, siguiendo las pautas generales que establezca el congreso. No obstante la intervención del Legislador en este asunto es limitada, ya que la carta dispone que:

“Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal”. (CP. Art. 272 inciso tercero)

Sin embargo, nuestro legislador a través del Acto legislativo 02 del año 2015 (art. 23), modificó el régimen de elección de los contralores territoriales, que antes eran elegidos de una terna enviada por la Rama Judicial (donde el tribunal Superior de Distrito Judicial propone dos personas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo propone una persona), para que desde el año 2015 fueran elegidos a partir de un proceso de elección regulado por la Ley, dirigido por la Corporación Pública respectiva.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el mismo Acto Legislativo modificó el artículo 126 de la Carta Política, señalando los componentes básicos del proceso de elección en los siguientes términos:

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. (Acto Legislativo 02 del año 2015. Art. 23)

No obstante, nuestro Congreso aún no ha regulado legalmente la convocatoria pública para elegir a los contralores territoriales lo cual implica que:

“no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores” (C.E. Sala de lo C.A. Sección V, Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02 a través del Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro. 2016)

Es así como, aunque la Constitución establece que la convocatoria pública debe efectuarse bajo los términos establecidos en la ley, lo que conlleva a advertir que el asunto es materia de reserva de ley, lo cierto es que hasta la fecha el Congreso de la Republica no ha regulado el asunto lo cual genera un vacío normativo en la determinación de las directrices que deben regular la elección de los contralores territoriales, en tal virtud, dicha imprevisión legislativa se intentó suplir a través del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del C.E. y a partir de la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General el DAFP.

Marco normativo



El marco jurídico que establece la fuerza vinculante de la Circular Conjunta N° 100-005-2015 en el proceso de provisión del cargo de contralor municipal por parte de la Corporación Municipal de Pereira para el periodo 2016 se desarrolla de acuerdo a un origen jerárquico, empezando por lo preceptuado en la Constitución Política de 1991 donde se establecen las entidades encargadas de elegir a los contralores territoriales, se indica el procedimiento mediante el cual deben elegirse, los principios que lo regulan y el periodo.

En vigencia de la anterior legislación, la elección de los Contralores Territoriales se realizaba por parte de las corporaciones públicas correspondientes, de ternas enviadas por el TCA (Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y por el TSDJ (Tribunal Superior de Distrito Judicial).

Bajo esta forma de elección, el principio democrático imperaba sobre el principio de mérito, pues la elección de Contralor dependía de la discrecionalidad política de los honorables concejales que contaban con un alto margen de autonomía, sin embargo, dicha figura cedió ante la necesidad del estado de proveer tan importante cargo, a la luz de los principios de legalidad, publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género, incluidos en la reforma constitucional al artículo 272 inciso 4 contenida en el Acto Legislativo 02 de 2015 lo que de suyo implica que la injerencia política que se presentaba en épocas anteriores, y que hacían depender la elección de Contralor Municipal de las necesidades e intereses políticos del momento, se haya terminado con la nueva legislación, si tenemos en cuenta que es a través de una convocatoria pública que se debe de proveer este cargo, así:

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso. (CP. Artículo 272. Inciso 4).



A través de la convocatoria pública se busca que las personas que accedan al cargo de Contralor Municipal cuenten con las calidades técnicas, humanas y profesionales para desarrollar sus funciones de la mejor manera.

En segundo orden jerárquico, como lo expresa la Ley 1437 de 2011 en su artículo 104:

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (Inciso primero).

Así mismo, en el CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), artículo 137 se señala la acción de nulidad que tiene toda persona para solicitar ante el juez Administrativo la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de carácter general, así como de las circulares de servicio o administrativas.

En tercer orden, la Circular Conjunta N° 100-005-2015, expedida el día 24 de noviembre de 2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, dirigida a las Corporaciones Públicas Territoriales, en la que se determinó el deber de dar aplicación para la elección de Contralores territoriales, de la misma forma como se eligen a los Personeros Municipales, esto es, de acuerdo a lo estipulado en la normatividad vigente (Ley 1551 de 2012 y Decreto 1083 de 2015), a excepción de lo relacionado con el orden de elegibilidad.

En cuarto orden, la Resolución N° 014 del 22 de enero de 2016, expedida por el Concejo Municipal de Pereira por la cual se dio apertura a la convocatoria pública para la provisión del cargo de Contralor Municipal de Pereira para la vigencia 2016 – 2019, la cual no guarda coherencia con lo estipulado en la Circular Conjunta N° 100-005-2015.



Se hace necesario traer a colación los siguientes fragmentos de sentencias emanadas del honorable Concejo de Estado para establecer el desarrollo jurisprudencial acerca de la naturaleza, fuerza vinculante y controles judiciales de las circulares de servicio o administrativas, por tanto se consideran las siguientes:

La procedencia del medio de control de nulidad frente a las circulares no puede admitirse como una regla general, sino que debe entenderse sujeta a la condición que la circular demandada revista el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica. (C.E. Sala de lo C.A.- Sección Primera-.3 de febrero de 2000, radicación N° 52361, M.P. Doctor Manuel Urueta Ayola)

Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. (C.E.-Sala de lo C.A.- Sección Primera, de fecha 17 de mayo de 2012, radicación N° 11001-03-25-000-2008-00116-00(2566-08). C.P. Dr Víctor Hernando Alvarado Ardila).

Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del

CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial. (C.E.-Sala de lo C.A.- Sección Primera, de fecha 27 de noviembre de 2014, radicación N° 05001 23 33 000 2012 00533 01. C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala)

Es incuestionable que las normas superiores del ordenamiento jurídico, desde la reforma introducida el año 2015, exigen que la escogencia de los contralores debe estar precedida de una convocatoria pública de acuerdo con lo que establezca la ley.

Advierte la Sala que el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores. (C.E. Sala de lo C.A. Sección V. Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02. Sentencia del 29 de septiembre de 2016. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro)

Marco doctrinal

A través de concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del C.E., se realizó una diferenciación entre los concursos de méritos y los procesos de convocatoria pública,



con la salvedad que en el concurso de méritos se debe elegir a la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles después de surtido todo el proceso, sin embargo, en los procesos de convocatoria pública existe un cierto grado de discrecionalidad por parte de los corporados para elegir al funcionario, no obstante, se advirtió que tanto los concursos como las convocatorias son “compatibles” en lo relacionado con los principios, métodos y procedimiento que los componen.

En vista de lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que las Corporaciones Públicas tenían la posibilidad de adelantar el proceso de elección de los contralores territoriales a través de las normas que regulan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015), sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor, iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad. (C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274). Concepto del 10 de noviembre de 2015. CP. Álvaro Namén Vargas).

En virtud de lo anterior, fue emitida la Circular Conjunta N° 100-005-2015, por parte del Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, donde se reiteró lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del C.E., así:

En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar la convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las Corporaciones que se posesionen el 1º de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015. MI et al. (2015).

Como se observa, al momento de efectuarse la convocatoria para la provisión del cargo de contralor municipal de Pereira, por parte de la Corporación Municipal para la vigencia 2016-2019, existían dos pronunciamientos expedidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del C.E. y por parte de las entidades estatales que ejercen la suprema vigilancia sobre los temas de administración pública, que recomendaban su aplicación de la misma manera como se realizan los procedimientos que rigen el concurso de los personeros municipales al mandato consagrado en el artículo 272 de la Carta Magna. En tal virtud, en el presente artículo se procederá a determinar si el Concejo Municipal de Pereira en el proceso de elección de contralor, para la vigencia del año 2016, dio aplicación a lo dispuesto en la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP.

RESULTADOS

Teniendo en cuenta el desarrollo del tema, dándole una mirada desde el punto de vista constitucional, legal, jurisdiccional y doctrinal, la Corporación Edilicia del Municipio de Pereira en el proceso de elección y provisión del cargo de contralor municipal, para la vigencia 2016-2019, si debió dar aplicación a lo dispuesto en la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, a raíz de lo siguiente:

La Constitución Política de 1991 disponía de manera originaria que la elección de los contralores territoriales debía ser realizada por las Corporaciones Públicas Territoriales, según el caso, de las ternas que eran enviadas por parte del Tribunal Superior de Distrito

Judicial y por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2012, conocido como la reforma de equilibrio de poderes, el Constituyente Derivado decidió modificar la forma de provisión del cargo de los contralores territoriales y asignar dicha función única y exclusivamente a las Asambleas y Concejos, con el fin de que no hubiera interferencia judicial en la postulación de estos cargos.

Como consecuencia de esta reforma constitucional,

“Los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales serán elegidos mediante convocatoria pública, de acuerdo a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género”. MI et al. (2015).

De igual manera, a través de dicho Acto Legislativo, el Constituyente decidió fortalecer los procedimientos de elección de servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas mediante la reforma del artículo 126 de la Carta Magna.

Teniendo en cuenta que no había sido expedida la Ley que regulara el proceso de convocatoria pública para la elección de los Contralores Territoriales por parte de los Concejos Municipales para el periodo 2016-2019, el Ministerio del Interior elevó consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De acuerdo a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló:

“que las Corporaciones Públicas tenían la posibilidad de adelantar el proceso de elección de los contralores territoriales a través de las normas que regulan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015)”. MI et al. (2015)



Acogiendo los anteriores argumentos y con el ánimo de imprimirle fuerza vinculante al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el día 24 de noviembre de 2015 se expidió por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, la Circular Conjunta N° 100-005-2015, dirigida a las Corporaciones Públicas Territoriales, en la que se determinó el deber de dar aplicación, para la elección de Contralores Territoriales por analogía jurídica, a lo dispuesto en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015, con excepción de lo relacionado con el orden de elegibilidad.

La Dirección General del DAFP, de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 1883 del 26 de Mayo de 2015, es la entidad del estado encargada de trazar las políticas públicas e imprimir instrucciones y órdenes en todo lo relacionado con la provisión de empleos públicos y de la administración pública.

En lo que respecta a la naturaleza y fuerza vinculante de las circulares administrativas o de servicio, el C.E. había sostenido en vigencia del anterior C.C.A. que si la circular administrativa o de servicio, no generaba consecuencias jurídicas para los administrados, entonces la misma no tiene fuerza vinculante y por lo tanto no se podía demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puesto que si dichas circulares no debían ser acatadas por los ciudadanos, tampoco les generaban afectación a sus derechos fundamentales.

No obstante, con el cambio introducido a la normatividad contencioso administrativa realizada por la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado cambió su postura tradicional al establecer que las circulares de servicios o administrativas, independientemente de su contenido y sus efectos jurídicos, están sometidas a control judicial y por ende, las mismas deben acatarse y los administrados sólo podrían sustraerse de su cumplimiento cuando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo suspenda provisionalmente sus efectos o declare su nulidad.

Sin embargo, al analizar la Resolución N° 014 del 22 de enero de 2016, expedida por el Concejo Municipal de Pereira, por medio de la cual se dio apertura a la convocatoria



pública para la elección de Contralor para el período 2016-2019, se encontró que no se dio aplicación a lo señalado en la Circular Conjunta N° 100-005-2015, pues únicamente se establecieron criterios de estudios y experiencia para los aspirantes, sustrayéndose así del DEBER de adelantar convocatoria para la provisión del cargo de contralor municipal de acuerdo a lo señalado en la ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015, donde se determinaba la aplicación de PRUEBAS DE CONOCIMIENTO y COMPORTAMENTALES que aseguraran el cumplimiento de los principios de objetividad y mérito, situación que se hubiera traducido en que la persona que accediera a tan importante cargo tuviera las calidades académicas, profesionales y humanas para ejercer sus funciones de manera correcta, propiciando así su independencia y autonomía respecto a la Administración municipal.

CONCLUSIONES

-Nuestro Máximo Tribunal Administrativo en sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicación N° 05001 23 33 000 2012 00533 01. M.P. Guillermo Vargas Ayala indicó que

toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial y por ende debe ser acatada por las autoridades y administrados a los que sea dirigida hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo suspenda provisionalmente sus efectos o declare su nulidad.

En tal virtud, lo dispuesto en la Circular Conjunta N° 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, la ESAP y la Dirección General del DAFP, debía ser aplicada en el proceso de provisión del cargo de contralor municipal por parte del Concejo Municipal de Pereira para la vigencia 2016-2019.

- EL Concejo Municipal de Pereira, al expedir la Resolución N° 014 del 22 de enero de 2016, por medio de la cual se dio apertura a la convocatoria pública para la elección de Contralor para el período 2016-2019, no dio aplicación a lo señalado en la Circular



Conjunta N° 100-005-2015, resultando así quebrantados los principios de legalidad, mérito y objetividad.

-Con el fin de dar cabal cumplimiento a los principios constitucionales de legalidad, meritocracia, publicidad, igualdad, transparencia, objetividad y la preservación del orden jurídico que fueron afianzados con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015 y en cumplimiento de la Circular Conjunta N° 100-005-2015, el Concejo Municipal de Pereira debía realizar una nueva convocatoria para realizar la elección del Contralor Municipal para el periodo 2016-2019, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado donde se establece la obligación de acatar las circulares de servicio o administrativas por parte de las autoridades, hasta tanto la autoridad judicial competente suspenda provisionalmente sus efectos o declare su nulidad.

BIBLIOGRAFIA

- Acto Legislativo 02 de 2015. Congreso de Colombia. (1 de julio de 2015)
- ANDER-EGG, Ezequiel, Técnicas de Investigación Social, Humanitas, Bs.As., 1990.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de febrero del 2000, Rad. No. 52361. C.P.: Manuel Urueta Ayola.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de noviembre del 2014, Rad. No. 05001 23 33 000 2012 00533 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274). Concepto del 10 de noviembre de 2015. C.P. Álvaro Namén Vargas.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02. Sentencia del 29 de septiembre de 2016. C.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, Rad N° 11001-03-25-000-2008-00116-00(2566-08). Sentencia de fecha 17 de mayo de 2012. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Constitución Política de Colombia. (CP) (1991) Editorial Legis



- Decreto 01 de 1984. Congreso de Colombia. (2 de enero de 1984)
- Decreto 1083 de 2015. Presidencia de la Republica (26 de mayo de 2015)
- EL CONTROL FISCAL Y SU AJUSTE DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO del autor Marlon Iván Maldonado Narváez, publicado en la Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 44, No. 120 / p. 129-152 Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2014.
- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD. (LO FORMAL VERSUS LO INTEGRAL) del autor EDUARDO MAYORA ALVARADO.
- EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO del autor Felipe Osterling Parodi, publicado en THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N°. 26, 1993, págs. 29-36.
- EL PODER CONTRALOR de los autores Gustavo Villegas del Solar y Gustavo Adolfo Olivares, publicado en THEMIS: Revista de Derecho N°. 3, 1985, págs. 60-63.
- ENSAYOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO del tratadista CARLOS BOTASI, 2010.
- HERNANDEZ SAMPIERI, R., FERNANDEZ COLLADO, C. y BAPTISTA LUCIO, P., Metodología de la Investigación, McGraw Hill, México, 2000.
- Ley 1437 de 2011. Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011)
- Ley 1551 de 2012. Congreso de Colombia. (6 de julio de 2012)
- Ministerio del Interior, la Escuela Superior de Administración Pública y la Dirección General del Departamento Administrativo de la Función Pública. (24 de noviembre de 2015) Circular Conjunta N° 100-005-2015.
- PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI del tratadista JORGE FERNANDEZ RUIZ para la universidad NACIONAL DE COLOMBIA, 2002.
- Resolución N° 014 de 2016. Concejo Municipal de Pereira (22 de enero de 2016).
- SISTEMAS Y VALORES ADMINISTRATIVOS del tratadista ROBERTO DROMI, 2003.